



O JUSNATURALISMO DE JOHN FINNIS EM CONTRA-POSIÇÃO AO POSITIVISMO JURÍDICO DE KELSEN: UM ESTUDO INTRODUTÓRIO

THE JOHN FINNIS' JUSNATURALISM IN CONTRAPPOSITION TO KELSEN'S LEGAL POSITIVISM: AN INTRODUCTORY REVIEW

Matheus Thiago Carvalho Mendonça¹

¹Graduando em Direito na Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Integrante do grupo de pesquisa "Tradição da Lei Natural", do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA) e pesquisador-colaborador do grupo "Direito dos Refugiados e o Brasil", da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: tcarvalho@dr.com

Resumo

O Positivismo Jurídico dominante no ordenamento brasileiro igualou o Direito à lei e, por isso, passou a ser contraposto em razão do imperativo de garantias do indivíduo contra o Estado. Desse modo, o presente artigo apresenta o pensamento de John M. Finnis e sua teoria do Direito Natural com o escopo de buscar algumas alternativas práticas às insuficiências do Positivismo Jurídico normativo de Hans Kelsen. Para tal, a partir da pesquisa bibliográfica em referências de filosofia jurídica, o artigo expõe o debate jusnaturalista e juspositivista e, depois, algumas inadequações do Positivismo, com foco nas proposições kelsenianas. Por fim, apresenta os pontos principais da teoria do Direito Natural de Finnis. O artigo conclui que, no contexto atual de discussões sobre direitos humanos, o juspositivismo equipara as concepções de lei e direito, inviabilizando a defesa de direitos sem a força de lei. Ademais, se mostra inadequado para a solução de diversas controvérsias axiológicas e para o diálogo com anseios sociais, o que enseja uma busca de alternativas sólidas que, segundo esse estudo introdutório, são apresentadas pelo Direito Natural de Finnis.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. John Finnis. Lei Natural. Positivismo Jurídico.

Abstract

The Legal Positivism dominant in the Brazilian legal system equated the law to the legislature and, therefore, came to be confronted due to the need of guarantees of the individual against the State. Thus, this paper presents the thought of John M. Finnis and his theory of Natural Law with the purpose of seeking some practical alternati-

ves to the inadequacies of normative Hans Kelsen's Legal Positivism. For this, from the bibliographical research in references of jurisprudence, the article exposes the jusnaturalist and juspositivist debate and, later, some inadequacies of Positivism, focusing on the Kelsenian propositions. Finally, it presents the main points of Finnis' Natural Law theory. The paper concludes that, in the current context of human rights discussions, legal positivism equates the conceptions of legislature and law, rendering the defense of rights infeasible without the force of law. In addition, it is inadequate for the solution of several axiological controversies and for the dialogue with social review study, are presented by Finnis Natural Law.

Keywords: John Finnis. Law Philosophy. Legal Positivism. Natural Law.

1. Introdução

Os debates travados entre o Positivismo Jurídico e o Jusnaturalismo são marcantes no devir histórico da tradição jurídica. Com a pretensão de depurar o Direito de todos os elementos considerados metajurídicos, como política e moral, o Positivismo primou pela pureza da estrutura do Direito, na qual se observam fatos de forma neutra e não se estabelecem juízos valorativos (BOBBIO, 1995, p. 135). Tempos depois, o Positivismo Jurídico, em suas múltiplas formas existentes, acabou por prevalecer e, então, a defesa da lei natural foi indevidamente relegada a uma dimensão mais histórica que efetivamente jurídica (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 67-68).

No entanto, desde que os direitos humanos assomaram nas pautas de discussão, reavivaram-se os debates sobre fundamentos que não a lei positiva - advinda do poder político que nem sempre se conforma à vontade popular - para a defesa de direitos fundamentais. Noutras palavras, o imperativo de afirmar as garantias da humanidade independentemente da anuência dos legisladores foi o que reinaugurou o debate sobre a lei natural e as insuficiências do normativismo positivista. Não obstante, vê-se a inadequabilidade do Positivismo Jurídico em responder com clareza e distinção as menções que os textos legais fazem sobre ideias como dignidade humana, bem-estar social, moralidade ou bem comum.

Percebido isso, o presente artigo almeja oferecer,



de forma pedagógica, uma introdução ao pensamento do jusfilósofo australiano John M. Finnis e sua teoria do Direito Natural com o fito de buscar alternativas sólidas às inadequações do positivismo jurídico, com foco em sua obra *Natural Law and Natural Rights* (1980). A opção por esse referencial teórico justifica-se basicamente por (i) Finnis ser considerado o principal filósofo contemporâneo do Direito Natural, com uma exposição livre de superstições e dogmatismos, advinda da teoria analítica do Direito, que propõe sólidas respostas ao positivismo em geral; e (ii) pelo fato de o meio acadêmico nacional não dispensar o devido tratamento às reflexões jusnaturalistas ocorrentes no campo anglo-saxônico da filosofia do Direito.

Para atingir o objetivo mencionado há pouco, esse artigo preliminarmente apresenta ao leitor o arcabouço do histórico debate entre o juspositivismo e Direito Natural. Posteriormente, expõe algumas críticas e inadequações do Positivismo Jurídico, com foco nas proposições de Hans Kelsen e Norberto Bobbio. Então, apresenta o pensamento de John M. Finnis, a partir da sistematização de seus principais argumentos e obras capitais, comparando as alternativas oferecidas por ele às lacunas kelsenianas.

Todavia, adverte-se que não se pretende exaurir a discussão do tema (especialmente no que se refere ao positivismo jurídico), mas possibilitar um conhecimento mais sistemático sobre a obra de John M. Finnis e contribuir com os estudos em jusnaturalismo, vez que, numa pesquisa séria em filosofia do Direito, prescindir de reflexões sobre o Direito Natural é mitigar a importância do trabalho da academia brasileira.

2. Direito natural e positivismo jurídico: um debate histórico

A tensão entre juspositivismo e jusnaturalismo polariza, direta ou indiretamente, os maiores temas e disputas da filosofia do Direito. Tais correntes constituem concepções teóricas antitéticas – ao menos no primeiro momento –, pois, “em um caso, a moral tem relação com o direito enquanto que no outro, são dois sistemas normativos totalmente separados” (FARREL, 1998, p. 127). Contudo, deve-se ressaltar que tais sistemas teóricos nem sempre estiveram diametralmente opostos².

Até o início da Idade Moderna é difícil identificar uma oposição mutuamente excludente entre o Direito Positivo e o Direito Natural – isso, para não afirmar inexistente essa contradição. A *Antígona* de Sófocles nos mostra que já na Antiguidade era possível identificar o conflito entre a lei positiva e a lei natural. Isso, no entanto, não significava que a existência do Positivo, por si, afastava a existência do Direito Natural. (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 67-68)

Nesse contexto, o pensamento de Tomás de Aquino, que retoma a tradição clássica aristotélica, sustenta uma relação de coordenação entre as duas leis que era útil ou até mesmo indispensável. Para Aquino, o direito figura como objeto da justiça e tem seu fundamento na igualdade que, por sua vez, pode ser natural ou resultante de pacto social (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 73). Quando o justo advém de uma igualdade que independe de vontade individual, fala-se em Direito Natural; quando de igualdades convencionadas socialmente, tem-se o Direito Positivo (AQUINO, 2015, II-II, q. 57). Ademais, em Aquino, a ordem é viabilizada por meio da aplicação da lei positiva, que serve de ferramenta para conferir efetividade ao justo, vez que a lei natural é incapaz de prover integralmente a regulamentação necessária ao convívio social. Assim, no âmbito jusnaturalista, a lei positiva é não apenas admissível, mas fundamentalmente necessária (FINNIS, 2011, p. 28-29).

No entanto, o início da era moderna trouxe consigo, em um primeiro momento, o Iluminismo acompanhado do intuito de dissociar o Direito Natural do Positivo, com fortes críticas ao conceito de “natureza” por parte do racionalismo predominante. Bobbio afirma, de maneira clara e distinta, que “por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído dessa categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito” (BOBBIO, 1995a, p. 26). Verifica-se, com isso, de forma contundente, a proposta lançada pelo Positivismo da completa supressão do Direito Natural. Dessa forma, é oportuno questionar que positivismo é esse que se pretende, por assim dizer, “totalizante”.

Ora, a expressão “positivismo jurídico” é intoleravelmente ambígua, adverte o jusfilósofo argentino Genaro Carrió (1994, p. 321). Ao conferir mais detalhes a essa constatação de vagueza, Noel Struchiner explica que:

A extensão do significado comporta uma pluralidade de teses heterogêneas e, muitas vezes, incompatíveis.

O termo geral classificatório “positivismo jurídico” é utilizado para se referir a posições inconsistentes, a posições que muitas vezes foram explicitamente rejeitadas por aqueles que são considerados os principais expoentes do positivismo, e a posições que muitas vezes foram defendidas pelos positivistas, mas não como teses essenciais ou características de posição positivista [...]. (STRUCHINER, 2005, p. 25, grifo nosso)

² Ainda no hodierno, a relação entre lei natural e lei positiva é perfeitamente possível, como demonstrado por Mark C. Murphy em *Natural law in jurisprudence and politics* (2006), onde o autor apresenta as diversas concepções acerca da relação entre a lei natural e a lei positiva, o bem comum e a questão da autoridade. Não obstante, Neil MacCormick, a partir da teoria institucional, afirma que as melhores formas de juspositivismo conduzem, por muitos e importantes aspectos, a conclusões semelhantes às das versões mais plausíveis do jusnaturalismo (MACCORMICK; WEINBERGER, 1986).



Em sua tese, Struchiner apresenta variadas concepções de positivismo jurídico³ e sustenta especificamente o chamado Positivismo Conceitual⁴. Esse tipo de Positivismo implicaria sinteticamente que: (i) “para identificar o direito não devem ser utilizados critérios valorativos, mas critérios fáticos, empíricos, objetivos”; (ii) a neutralidade é o “traço marcante” que possibilita “identificar e descrever o direito de um grupo social sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas”; (iii) que “a definição do direito não está axiologicamente comprometida com as normas jurídicas”, razão porque “uma norma ou sistema jurídico pode ser injusto e, ainda assim, ser qualificado como jurídico” (STRUCHINER, 2005, p. 32).

Tais premissas resumem a essência das proposições de Hans Kelsen – seguramente o maior expoente do normativismo contemporâneo. Seu propósito é elaborar uma ciência do direito com um objeto puro, arquetipicamente jurídico, no qual inexistam relações com subjetividades de ordem ideológica, política, moral ou passional, de modo a impedir que a autoridade da ciência jurídica sujeite-se a pretensões partidárias (CORREAS, 1989). No prefácio de sua obra, o jurista alemão escreve:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural. [...] Foi o meu intento elevar a Jurisprudência [...] à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar [...] suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do direito, e aproximar [...] seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 1998, VII)

³ O autor enumera as seguintes formas: (i) o positivismo jurídico como ceticismo ético, que representaria a rejeição da tese jusnaturalista referente à existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana; (ii) o positivismo jurídico como positivismo ideológico, que indicaria os sujeitos jurídicos e os juízes têm o dever moral de obedecer ao direito positivo independentemente de seu conteúdo, por este possuir validade ou força moral obrigatória de per se; (iii) o positivismo jurídico como formalismo jurídico, que integraria as teses de que (a) o direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explícita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais, e que (b) esse sistema de normas que são exaustivas, completas, suficientes, incontroversas e precisas.

⁴ Noel Struchiner sustenta o positivismo conceitual – e esse trabalho adota tal conceito para seu desenvolvimento – pelas seguintes razões: (1) ser uma tese comum a todos positivismos; (2) ter disposição de reconstruir ideias básicas sobre o direito; (3) aludir a uma apreensão do direito como técnica, “resultado de uma escolha, convenção ou práticas sociais convergentes”; (4) porque as regras são identificadas exclusivamente pelo critério de fonte social, que acolhe não apenas fontes sociais, mas fontes superiores; (5) ser inerte normativamente, não sendo guia para ação, vez que de per se não determina que as normas válidas devem ser seguidas, mas estabelecer as condições de validade; (6) por que “utiliza critério claro, objetivo, para identificar o direito válido” quais sejam as fontes sociais e “não critérios meritórios, que são subjetivos e nebulosos”. (STRUCHINER, 2005, p. 35-50)

Tal propósito foi comum, em maior ou menor dimensão, a todo tipo de positivismo. Norberto Bobbio afirma que a definição do positivismo é uma definição “anti-ideológica”, que não faz “referência a valores ou fins que seriam próprios do Direito” (BOBBIO, 1995a, p. 144). Ao descrever o positivismo em outro tom, o jurista argentino Martín Farrel escreve que “o positivista jurídico sustenta, incondicionalmente, (a) que não é necessário que o sistema jurídico se ajuste aos preceitos da moral para merecer o nome de direito, e, condicionalmente, (b) que é obrigatório obedecer ao direito” (FARREL, 1998, p. 123). Tal condicionalidade existiria a medida em que se aceita que o incumprimento da norma jurídica implica uma sanção, mas não no sentido de afirmar que essa seria a única acepção de obrigação e que a avaliação moral do direito seria irrelevante⁵.

Verifica-se, outrossim, que ambas as posições avaliam moralmente o Direito, diferenciando-se apenas no momento em que o fazem. O jusnaturalismo submete a norma à avaliação prévia, ao passo que o juspositivismo debruça-se sobre a norma e realiza seu teste – que varia de acordo com o autor – ao final (FARREL, 1998). O ponto desse artigo é que a eficácia dessas avaliações morais da lei é diferente. Ao comentar a posição de Hart sobre a separabilidade (separability) entre lei e moral, Leslie Green – professor de filosofia do direito de Oxford – afirma:

A moralidade estabelece ideais para a direito, e o direito deve viver de acordo com eles. Nem ele [Hart] quis dizer que o direito e a moralidade são separados. Nós vemos a união deles em todo lugar. Proibimos a discriminação sexual porque a julgamos imoral; o ponto de proibir é fazer valer e esclarecer esse julgamento usando termos morais comuns, como “dever” e “igualdade” [...]. (GREEN, 2008, p. 1035-1036, tradução livre).

Com efeito, se percebe que o positivismo jurídico, ainda que reconheça a relação entre direito e moral – ao menos em Kelsen e em Hart –, não oferece mecanismos precisos de funcionamento para essa estrutura, pois, ao dar preferência aos critérios procedimentais, recusa a avaliação axiológica prévia como requisito de validade da norma (ou do conjunto de normas)⁶. É precisamente nesse vão que se insere uma das muitas críticas da Nova Escola do Direito Natural às insuficiências do normativismo extremado, como mostrar-se-á a seguir.

⁵ São os esclarecimentos oferecidos em Correias (1989), acerca das proposições de Kelsen. Anteriormente, H. L. A. Hart (1958) oferece explicações concernentes à relação entre direito e moral no âmbito do positivismo jurídico.

⁶ Nesse sentido, acerca da moral relativa, Kelsen afirma que “é de per se evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função [...] de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. [...] Isso não significa, porém, que não haja qualquer medida” (KELSEN, 1998, p. 48).



3. As insuficiências do positivismo jurídico

A respeito do método do Positivismo Jurídico, se observa, de pronto, que a própria forma de tratar o Direito “como um fato e não como um valor” é um ponto sensível. No referido método, juízos valorativos inexistem e o jurista deve olhar para o Direito cientificamente, sem atribuir qualquer qualitativo que possa tornar a análise crítica do ponto de vista valorativo. Ocorre que, como observa Thomas Kuhn (1980), as pesquisas em história e filosofia da ciência demonstram que não existem abordagens plenamente neutras, de modo que todas as áreas do conhecimento, ao empregar modelos fundamentais e determinados pressupostos teóricos, mitigam sua neutralidade⁷.

Não obstante a impossibilidade real da abordagem neutra do Direito e dos fatos, o positivismo clássico postula que “a estrutura do ordenamento jurídico firma-se nas ideias de unidade⁸, sistematicidade e completude⁹. Portanto, são rejeitados problemas hierárquicos, de antinomia e de lacunas” (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 79). Nesse ponto cabe ressaltar, em momento oportuno e de forma explícita, que Kelsen enfrenta a questão das antinomias e das múltiplas interpretações possíveis, ao falar da moldura do direito, contudo, reconhece que, ao final, apenas a interpretação do órgão aplicador será válida¹⁰. De maneira similar, Bobbio, ao lidar com as complexidades originadas na diversidade de ordenamentos, encontra solução formal, que é a soberania do Estado, o que proporcionaria segurança jurídica (BOBBIO, 1995b, p. 34-35). Desse modo, ainda que os problemas referentes à completude e unicidade dos ordenamentos sejam apreciados, Kelsen e Bobbio não respondem satisfatoriamente, recorrendo sempre ao Estado Soberano como fonte das fontes (BOBBIO, 1995b, p. 41)

Outra dificuldade - talvez, a mais grave - da qual padece o Positivismo Jurídico, aos moldes de Kelsen e Bobbio, é a incongruência com relação à proposta dos Direitos Humanos, conforme é possível observar na afirmativa a seguir:

⁷ Ainda sobre a adoção de modelos teóricos na ciência e a consequente impossibilidade de neutralidade absoluta, ver Black (1962) e Hessel (1966).

⁸ Diz respeito à ideia de que o conjunto de normas estatais que compõem o ordenamento jurídico forma uma unidade coesa e retroalimentada, pelo que o Direito figura como a própria justificativa da normatividade do Direito (KLOSTER, 2012, p. 28).

⁹ O ordenamento jurídico positivo teria, supostamente, a característica de abranger toda a realidade que possa adquirir relevância jurídica, sem deixar espaços, contradições ou lacunas em seu corpo de normas (KLOSTER, 2012, p. 29).

¹⁰ Sobre isso, Kelsen escreve: “A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito” (KELSEN, 1998, p. 247, grifo nosso). Assim, verifica-se que mesmo os problemas de interpretação, em Kelsen, encontram soluções na própria lei.

A definição do Direito, que aqui adotamos, não coincide com a de Justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. (BOBBIO, 1995b, p. 67, grifo nosso)

Em sua afirmativa, Bobbio clarifica a legitimidade do Estado para fazer o Direito e usar a força, e tal uso encontra-se desvinculado de um ideal de justiça ou um parâmetro moral. Ora, essa proposta acaba por contradizer os objetivos dos direitos humanos que apontam para uma luta contra a opressão estatal e uma garantia jurídica individual que independa da vontade do legislador. Inclusive, é oportuno ressaltar que tal concepção se encontra consolidada desde a instituição dos chamados direitos de primeira dimensão, que foram impostos, no contexto do Estado Liberal de Direito, como limitações ao poder do soberano. Em dissonância com esse escopo, ao pautar sua teoria do direito no formalismo positivista (e na máxima legitimidade do Estado para criar o direito), Bobbio acaba por esvaziar o conteúdo dos direitos humanos, transformando-os em simples ideais de luta contra opressão e em garantias meramente políticas (PINHEIRO; SOUZA, 2016b, p. 81-82). Em continuidade, a recusa absoluta de qualquer fundamento não positivado - em razão da utópica completude positivista descrita há pouco - cria esse problema, que é um dos pontos atacados na hábil crítica feita por Dworkin ao ponderar a impossibilidade de resolução de hard cases (“casos difíceis”) por meio do uso exclusivo de regras jurídicas.

Portanto, se percebe que os principais pilares do Positivismo Jurídico se mostram fragilizados, vez que toda espécie de fundamentação não positivada é sumariamente rechaçada. A seguir, as demais inadequações juspositivistas serão discutidas, mescladas às proposições e alternativas do pensamento de Finnis.

4. O pensamento de John Finnis

4.1 O contexto e a obra de John Finnis¹¹

Graduado em Direito pela Adelaide University, o australiano John Mitchell Finnis (1940-) doutorou-se na distinta Universidade de Oxford, no Reino Unido, sob a orientação do reconhecido positivista H. L. A. Hart. Em 1966, seu orientador o convida para a produção de uma obra intitulada *Natural Law and Natural Rights*, que é publicada

¹¹ Para uma apresentação mais detalhada sobre o contexto da vida e da produção de John M. Finnis, ver o estudo preliminar de Cristóbal Orrego S., que realizou a tradução espanhola em *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000).



em 1980. Tal obra atinge rapidamente seu público, sendo alvo de referências e críticas por autores da área¹².

J. Finnis, após escrever sua magna opus, continuou em seu exercício acadêmico e publicou ainda várias obras, com destaque para *Fundamentals of Ethics* (1983), que resulta de seis palestras proferidas por Finnis – organizadas pelo Departamento de Filosofia da Georgetown University – onde são defendidas, em seis capítulos, as questões éticas levantadas em *Natural Law and Natural Rights*, e reestruturadas em um diálogo com Aristóteles, Kant e outros filósofos da ética contemporânea. Em 1991, publica-se *Moral Absolutes*, livro que, apesar de não trazer novidades ao pensamento de Finnis, dedica-se a apresentar as principais perspectivas no debate hodierno sobre absolutos morais, seguindo a moralidade cristã.

Mais recentemente, em 1998, tem-se a obra *Aquinas: moral, political and legal theory*, texto em que Finnis implementa uma nova proposta de leitura da filosofia social, política moral e jurídica de S. Tomás de Aquino, abordando temas como razões para a ação, consciência pessoal, livre-arbítrio e dignidade humana, comunidade, família, justiça, lei estatal e outros. Não obstante, o jusfilósofo australiano tem uma vasta produção bibliográfica com uma significativa média de quatro livros ao ano, nas últimas décadas (OLIVEIRA, 2002, p. 29). Desses trabalhos, alguns artigos se destacam pela importância que possuem na elaboração de seu pensamento, dentre eles: *The basic principles of natural law* (1981), *Natural law and legal reasoning* (1996), *Comensuration and public reason* (1997) *Public Good* (1998) e *Abortion, natural law and public reason* (2000).

Tendo exposto as obras capitais de Finnis, se pode passar à apresentação de sua teoria, ou melhor, sua perspectiva sobre o Direito Natural¹³.

4.2 Lei Natural e Direitos Naturais

A obra em questão divide-se em três partes. Na primeira delas, o jusfilósofo dedica-se a justificar a imprescindibilidade do estudo do Direito Natural e, também, afastar as críticas feitas aos construtos teóricos jusnaturalistas. Por essa razão, inclusive, se pode afirmar que o mérito principal de Finnis “foi ter demonstrado o caráter infundado da resistência positivista à teoria do Direito Natural, até então estigmatizada como obscurantismo religioso e supersticioso” (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 69).

Dado o fato de que nesse trecho da obra se encontram as bases metodológicas de Finnis, de maneira oportuna, se insere aqui a sistematização de seus argumentos. Segundo o jusfilósofo australiano:

¹² A obra é mencionada por positivistas reconhecidos, como H. L. A. Hart (1983); por Neil MacCormick (1996), que adota nova abordagem sobre o positivismo jurídico; e, ainda, por jusnaturalistas, como Ralph MacInerney (1980).

¹³ Para uma exposição pluralista sobre o Direito Natural, ver Barzotto (2010).

O Direito é uma instituição social que permite a realização de bens humanos e da razoabilidade prática com que os homens os decidem. O objetivo do livro é, então, triplo: (i) identificar os bens humanos básicos (aspecto substantivo da teoria); (ii) analisar a razoabilidade prática que os efetiva na ação humana, na vida prática (aspecto prudencial da teoria) e (iii) elucidar a epistemologia adequada à compreensão do Direito (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 71).

Finnis, no terceiro item, estabelece uma vinculação indissociável dos procedimentos de descrição (premissa positivista) e avaliação (premissa jusnaturalista) na metodologia de toda ciência social, afinal, “um teórico não pode fornecer uma descrição teórica e uma análise de fatos sociais, a menos que também participe do processo de avaliar, de entender o que é realmente bom para as pessoas humanas e o que é realmente requerido pela razoabilidade prática” (FINNIS, 2011, p. 3, tradução livre).

A segunda parte comporta a dimensão substancial da obra, na qual, em dez capítulos, John Finnis discorre sobre temáticas como razão prática¹⁴, bens humanos, princípios morais, bem comum, direitos humanos, leis injustas e outros. Ao fim, no último capítulo – que é a terceira parte da obra – o autor disserta sobre direito natural, teologia e revelação. Assim, entendida a sistemática da argumentação de Finnis, passar-se-á a análise das respostas de Finnis às objeções jusnaturalistas e, posteriormente, a dimensão substancial de sua teoria.

4.3 Respostas às oposições positivistas generalistas

De todas as barreiras enfrentadas por Finnis na confecção de sua obra sobre Direito Natural, se pode dizer que as mais árduas delas tenham sido o desconhecimento e o ceticismo de sua época acerca do jusnaturalismo (FINNIS, 2011, p. 23-25). Ao defender sua posição, Finnis toma como referencial as críticas de H. L. A. Hart, para quem a ideia de bem ou fim humano era questionável, vez que a inteligência dessa ideia era improvável (HART, 2007, p. 201-228).

Para responder a essa objeção sobre o conhecimento (ou assimilação) da lei natural, o jusfilósofo se vale dos argumentos de S. Tomás de Aquino (FINNIS, 2011, p. 29-31) – afinal, ele “discorre com frequência sobre a extensão do conhecimento humano da lei humana” –, ao estabelecer três dimensões de princípios.

Primeiro tem-se os *communisima*, que é o campo mais geral. Não são propriamente princípios ou preceitos, mas o objetivo, a finalidade dos preceitos da lei natural. Eles declaram as formas básicas do bem humano. São reconhecidos por qualquer um que al-

¹⁴ Adverte-se que, em Finnis, “a noção de ‘prático’ [...] relaciona-se à ação e à decisão que a antecede, e não diz respeito à praticidade enquanto factibilidade ou eficiência. Prático aqui, no sentido aristotélico que Finnis emprega esse termo, não é oposto ao intelectual, ao reflexivo ou ao teórico”. (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 71)



cance a idade da razão e que tenha experiência suficiente para saber a que eles se referem - não podem ser eliminados do coração humano. (OLIVEIRA, 2002, p. 43-44, grifos do autor)

Já o segundo campo abarcaria as implicações morais mais rudimentares e mais facilmente percebida que os princípios do primeiro campo. Segundo Aquino, são princípios que qualquer um pode alcançar imediatamente por meio da razão, como a percepção que não se deve roubar, por exemplo (AQUINO, 2015, I-II q. 100). Por fim, o terceiro campo reúne as questões que “só podem ser respondidas corretamente por alguém que seja sábio e que as considera minuciosamente, com agudeza” (FINNIS, 2011, p. 30, tradução nossa; AQUINO, 2015).

Nota-se, então, que a crítica de Hart sobre a inteligência do fim ou bem humano não afeta os fundamentos das teorias clássicas do direito natural. Aquino sustenta que apenas alguns dos princípios comuníssimos podem ser imediatamente percebidos, de modo que os outros dois campos ensejam discussões a respeito (OLIVEIRA, 2002, p. 45). Assim, a parte do ceticismo da academia, Finnis demonstra que o direito natural é plenamente discutível.

Outro ponto enfrentado por Finnis é a visão equivocada, advinda do juspositivismo, acerca das teorias do direito natural - que seriam teorias que justificam o julgamento moral¹⁵. Esses equívocos são explicados por Finnis com referência nas proposições de Kelsen, que afirma que os teóricos jusnaturalistas, por tentarem fundamentar o direito positivo em uma delegação do direito natural (KELSEN, 1979a, p. 157), caem em uma impossibilidade lógica. Nas palavras de Kelsen:

A usual afirmação de que existe realmente uma ordem natural absolutamente boa, porém transcende e, por isso, não inteligível, ou a de que há um objeto chamado justiça, mas que não pode ser claramente definido, implica uma contradição flagrante. Na verdade, é apenas uma frase eufemística para expressar a circunstância lamentável de que a justiça é um ideal inacessível ao conhecimento humano (KELSEN, 1979b, p. 15, tradução nossa).

No entanto, para Finnis, tal conclusão não se sustenta justamente por partir de premissas inadequadas, pois, no arcabouço das teorias de direito natural, “delegar não é delegar incondicionalmente” (FINNIS, 2011, p. 27, tra-

¹⁵ Sobre a finalidade dos princípios de lei natural, que motivam a crítica de Kelsen, Finnis (2011, p. 23) escreve, in verbis: “What are principles of natural law? [...] a set of basic methodological requirements of practical reasonableness (itself one of the basic forms of human flourishing) which distinguish sound from unsound practical thinking and which, when all brought to bear, provide the criteria for distinguishing between acts that (always or in particular circumstances) are reasonable-all-things-considered (and not merely relative-to-a-particular purpose) and acts that are unreasonable-all-things-considered, i.e. between ways of acting that are morally right or morally wrong—thus enabling one to formulate (iii) a set of general moral standards”.

dução nossa). O teórico australiano explica, ainda, que a validade jurídica do direito positivo é derivada da conexão racional com o direito natural, o que só é possível se (i) o direito origina-se de forma juridicamente válida e se (ii) o direito não for materialmente injusto.

Outro desacerto sugerido nas proposições kelsenianas é o de que “a chamada doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-dualista do direito” (KELSEN, 1979a, 94). Nessa proposição, o idealismo está direcionado a um valor absoluto, o justo, o que implica dizer que a justiça seria um ideal incumbido de conferir validade ao direito positivo. Esse ‘idealismo’, portanto, estaria em oposição ao ‘realismo’ positivista, na medida em que “sua validade é independente da validade de uma norma de justiça” (KELSEN, 1979a, 89-90).

Entretanto, Finnis contrapõe essa assertiva demonstrando que o direito natural almeja, na realidade, “expressar reflexivamente as exigências e os ideais da razoabilidade prática” (FINNIS, 2011, p. 29), de modo que a justiça não figura como um ideal a ser alcançado, mas, como consequência direta do uso da razoabilidade prática. Uma vez compreendidas as respostas de Finnis às críticas positivistas, se pode apresentar a dimensão substancial de sua teoria.

4.4 Os bens humanos básicos

John Finnis, assim como o filósofo franco-americano Germain Grisez, sustenta que Tomás de Aquino compreendeu corretamente que os primeiros e mais elementares princípios da razão prática, responsáveis por dirigir as ações humanas e bens humanos inteligíveis, provém de motivações para ação, que são mais que razões simplesmente instrumentais (ROSA, 2016, p. 7). Aqui, no entanto, é necessário e oportuno observar o porquê de Finnis atentar para as motivações. A razão está conexa à concepção das quatro ordens de conhecimento, formulada por Aristóteles e adotada por Aquino. Sobre isso, Elton de Oliveira escreve:

O primeiro [tipo] é a ‘ordem natural’ [rerum naturalium], que diz respeito à ciência das questões e as relações que não são afetadas pelo nosso pensar. [...] O segundo é a ordem lógica, onde se busca a ciência das condições pelas quais nós podemos ordenar nosso próprio pensamento. [...] A ordem prática ou moral [...] seria um terceiro tipo. Nela temos a ciência das condições pelas quais podemos ordenar nosso deliberar (escolher) e nossas ações voluntárias. [...] Por fim, temos a ordem técnica ou produtiva [...] pela qual se conhece as condições em que podemos ordenar as coisas constituídas pela própria razão humana (e que são externas ao nosso pensar e nosso querer). (OLIVEIRA, 2002, p. 55, grifos do autor)

Nesse contexto, na ordem de conhecimento prática ou moral, deve-se adotar um método adequado, capaz de conhecer o sentido da ação humana, a que ela se dirige, o seu bem. Para Finnis, esse método é o teleológico, que consiste



na investigação dos bens humanos básicos cuja consecução realiza a natureza humana (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 76).

A relação entre natureza humana e bens humanos básicos pode ser apreendida, da perspectiva ontológica e epistemológica, por um famigerado teorema de Aristóteles:

Para compreender a natureza de um ser animado, deve-se compreender as suas faculdades (potências); para compreender suas faculdades, deve-se compreender as suas ações (morais); para compreender suas ações, deve-se compreender os fins dessas ações, seus objetos ou propósitos (telos). Esses fins são chamados, por Aristóteles [...] de bens, cuja consecução realiza a felicidade (eudaimonia) (PINHEIRO; SOUZA, 2016a, p. 76, grifos do autor).

Assim, por meio dessa interpretação do pensamento tomista, Finnis aponta um método para sopesar questões e determiná-las como moralmente certas (virtudes) ou moralmente erradas (vícios). Tal método perpassa pelo questionamento do que é razoável e coerente com o fim, o escopo do indivíduo e da comunidade. Isso implica na INTELECÇÃO dos chamados bens humanos básicos – um ponto importante na teoria de Finnis.

Para entender isso, deve-se ter em conta, primeiramente, que a terminologia ‘valor’ é sinônima de ‘bem’ (FINNIS, 2011, p. 61). Ao se falar em valor ou bem (humano) básico, Finnis explica que se refere a “qualquer coisa que uma pessoa pode de algum modo desejar”. Noutra passagem, o filósofo esclarece que “bem é todo e qualquer objeto de todo e qualquer interesse” (FINNIS, 2011, p. 277). Com esse conceito, pode-se entender que os bens humanos básicos “são bens fundamentais a que a vontade visa, ou seja, os bens que constituem nossas razões fundamentais para agir e que dão conta de tudo o que podemos inteligentemente querer escolher” (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 47).

Ademais, segundo Finnis, há duas formas de entender esse ‘bem’. A primeira seria enxergá-lo como dotado de feramentalidade, ou seja, um bem referente a determinado objetivo ou meta considerada desejável (OLIVEIRA, 2002, p. 60-61). A outra maneira, que é defendida por Finnis, diz respeito a uma forma genérica de bem em que se pode participar ou em que se pode realizar de infinitas maneiras em infinitas ocasiões”. Portanto, o bem humano básico não constitui ferramenta para o conseguimento de outro bem. Com efeito, é básico porque, enquanto é intrínseco a realização das pessoas, é desejável de per se (FINNIS, 2011, p. 278).

É importante notar que Finnis aponta características fundamentais dos bens humanos básicos. São elas objetividade, auto-evidência e a incomensurabilidade. Os bens humanos básicos são objetivos por não serem subjetivos, i.e., não se considera um bem (ou valor) como básico porque é determinado pelo desejo, mas sim porque determina (OLIVEIRA, 2002, p. 61). Aqui, Finnis aproxima a noção de objetividade à ideia de universalidade, pois

manifesta-se não apenas na forma de requerimentos morais, mas também em instituições nas mais diversas culturas humanas ao longo do tempo (FINNIS, 2011, p. 83-84). Outra característica dos valores humanos básicos é o fato de serem auto-evidentes (obvious) ou indemonstráveis, o que implica que (i) não podem e nem precisam ser demonstrados e que (ii) não há razões suficientes para se duvidar de que sejam bens em si mesmos.

E, por fim, a incomensurabilidade figura como a terceira característica aqui enumerada. Muito embora a análise dessa característica em *Natural law and natural rights* não seja muito adequada, se pode afirmar que ela remete ao fato de que os valores humanos básicos não são hierarquizáveis entre si, ou seja, um bem não pode ser considerado melhor que outro. Isso porque, segundo Finnis, cada valor básico são aspectos do ‘ser’ das pessoas e expressam valores distintos de seu bem-estar, e não mecanismos para alcançá-lo. Ademais, por serem bens primários, se um pode ser elencado como mais básico que outro, logo, um bem é, de fato, básico e outro não o é (FINNIS, 1983, p. 89).

Como exemplo de bem (ou valor) humano básico, Finnis discorre sobre o conhecimento (FINNIS, 2011, p. 59-75). Trata-se de um valor básico objetivo e auto-evidente (obvious), afinal, o florescimento humano depende do desenvolvimento da capacidade cognitiva – e isso é universal e inquestionável (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 78). Nessa esteira, em *Natural law and natural rights*, Finnis elenca, ainda, sete bens humanos básicos (ou formas básicas de bem)¹⁶. O primeiro deles (além do conhecimento, elencado acima) é, naturalmente, a vida, que diz respeito ao impulso de autopreservação e envolve as atitudes relacionadas à saúde. Sobre esse bem, Elden Souza e Victor Pinheiro escrevem:

Como todo bem humano básico, a vida é um valor inquestionável e irrefutável, pois, sem vida, o florescimento humano não seria possível, a atualização das potências fundamentais seria impensável. A vida pressupõe, então, continuar a viver, não ser privado do direito a nascer e a preservar-se saudável a ponto de perseguir seus fins últimos. (SOUZA; PINHEIRO, 2016, p. 78)

Outro bem elencado é o jogo, i.e., o engajamento social do homem, que, para ser plenamente humano, pertence e participa de uma comunidade. As outras formas básicas de bem são: a experiência estética, a sociabilidade, a razoabilidade prática e, por fim, a religião, que diz respeito as inquietações humanas e questionamentos sobre fenômenos metafísicos.

¹⁶ Todavia, Finnis adverte, de plano, que (i) não há necessidade de o leitor aceitar sua lista, tampouco sua nomenclatura; e admite que (ii) não seria problema admitir outras formas básicas de bem, se de fato forem finalidades básicas do agir humano (FINNIS, 2011, p. 91-92).



5. Conclusão

Advindo da teoria analítica do Direito, John Finnis observou o Direito Natural para além das superstições e obscuridades que existiam – e, em certa dimensão, ainda existem – na academia sobre o tema. Foi capaz de desfazer as caricaturas que os juspositivistas haviam pintado sobre o jusnaturalismo e, inclusive, esclarecer a alegação de que teóricos do Direito Natural violavam a chamada Lei de Hume. No entanto, Finnis está imerso em uma controvérsia teórica do Direito muito maior, que é a do juspositivismo e jusnaturalismo.

Nesse arcabouço, o presente artigo se propôs a (i) apresentar o histórico debate entre o Direito Natural e o Positivismo Jurídico, então (ii) apontar algumas lacunas do juspositivismo, considerando os moldes de Kant e Bobbio, e, por fim, (iii) introduzir pedagogicamente o pensamento de John Finnis e suas respostas a algumas insuficiências positivistas.

Ante tal análise, destaca-se duas lacunas capitais, elencadas nesse trabalho, do positivismo para as quais Finnis apresenta respostas satisfatórias. A primeira delas diz respeito a insuficiência do positivismo em fundamentar e definir os direitos humanos. Como retromencionado, o positivismo iguala o Direito à Lei e anuncia a tese de que “não há necessariamente conexão entre o Direito e a moralidade” (GREEN, 2008, p. 1042), o que leva a proteção legal dos direitos humanos a restar invariavelmente atrelada a concordância do poder público. Tal compreensão é respaldada pela teoria de Bobbio, segundo a qual os direitos humanos só ganham caráter jurídico a partir do reconhecimento e proteção do Estado, logo, sem ele não passariam de uma obrigação moral ou política (BOBBIO, 2004, p. 77). Não obstante, Kelsen vai além e teoriza longamente sobre o argumento da força, utilizando a Polícia como exemplo, para descrever e legitimar ação do Estado (GONÇALVES; PRAXEDES, 2015, p. 127).

Como solução a isso, percebe-se na teoria de Finnis um arcabouço teórico compatível com a fundamentação e a devida proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais. Os bens humanos básicos, como a vida, operam além de princípios de todo esforço moral, também do político e jurídico, de modo que possuem um caráter “pré-moral”, “pré-político” e “pré-jurídico” (SGARBI, 2007, p. 667). Embora a lista estabelecida por Finnis não seja exaustiva, os valores básicos elencados pelo filósofo australiano abrigam a totalidade dos propósitos básicos da ação humana (FINNIS, 2011), de modo que devem ser preservados, independentemente do reconhecimento do poder político ou da vontade do legislador.

Outra lacuna é a inadequabilidade do juspositivismo em explicar menções como moralidade e bem comum, presentes nos textos legais. Em Finnis, tais referências são plenamente explicáveis, vez que seu construto teórico admite a existência de preceitos morais absolutos e de um agir moralmente correto, que, de acordo com a teleologia aristoté-

lico-tomista, devem estar de acordo com a realização do fim do homem e da comunidade. Não obstante, Finnis sustenta que os princípios da lei natural não se limitam à dimensão da moralidade, mas, também, permeiam a ação política e a vida do cidadão (FINNIS, 2011, p. 23). Tais proposições preenchem a lacuna deixada por Kelsen que, ao recusar a existência de uma moral pública, tinha por impossível um juízo axiológico prévio para a validação de normas.

Ao fim, se pode concluir que o positivismo jurídico se mostra insuficiente para fundamentar questões extremamente importantes do hodierno, como a defesa dos direitos humanos, a consecução do bem comum e a própria realização da justiça. Nesse controverso espaço, a teoria jusnaturalista de Finnis é capaz de conferir (ou devolver) vigor ao Direito Natural, afastando os espantalhos criados em torno dele, e apresentando como um parâmetro teórico adequado para os tempos atuais, capaz de oferecer sólidas respostas na filosofia do Direito e de dialogar com valores da comunidade de assertiva.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução Carlos Josaphat Pinto de Oliveira et al. v. 4; 6. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.
- BARZOTTO, Luís Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- BLACK, Max. *Models and metaphors*. Ithaca: Cornell University Press, 1962
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995a.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CORREAS, Óscar. *El otro Kelsen*. In: _____. (Org.). *El otro Kelsen*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 1989, p. 27-56
- CULLETON, A.; BRAGATO, F. F.; FAJARDO, S. P. *Curso de direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009
- FARREL, Martín D. *¿Discusión entre el derecho natural*



y el positivismo jurídico? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Espanha, v. 21, n. 2, p. 121-128. 1998

FINNIS, John. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998

_____. *Fundamentals of ethics*. Washington: Georgetown University Press, 1983.

_____. *Ley natural y derechos naturales*. Tradução Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000

_____. *Moral absolutes: Tradition, revision and truth*. Washington: The Catholic University Press, 1991

_____. *Natural law and natural rights*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011.

GONÇALVES, C. F. O.; PRAXEDES, A. T. As insuficiências do positivismo jurídico para o conhecimento da ciência do direito: uma análise crítica do purismo kelseniano. In: ROCHA, L. S.; LOIS, C. C.; MELEU, M. (Coord.). *Cátedra Luís Alberto Warat*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 108-130

GREEN, Leslie. Positivism and the inseparability of law and morals. *New York University Law Review*, New York, v. 83, p. 1035-1058, 2008.

HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Malta: Clarendon, 1983

_____. *O conceito de direito*. 5ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007

_____. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958

HESSEL, Mary. *Models and analogies in science*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1966

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural - apêndice à segunda edição alemã da Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979a

_____. *Teoría general del derecho y del estado*. Tradução Eduardo García Máynez. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979b

_____. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KLOSTER, M. V. *A superação do juspositivismo por uma*

compreensão ampliada do direito: enfoque laboral. 2012. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 1980

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of law*. Dordrecht: Kluwer, 1986

_____. Natural law and the separation of law and morals. In: GEORGE, Robert P. (ed.). *Natural Law Theory: Contemporary essays*. Oxford University Press, 1996

MACINERNY, Ralph. The principles of natural law. *American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame, v. 25. 1980

MURPHY, Mark C. *Natural law in jurisprudence and politics*. New York: Cambridge University Press, 2006

OLIVEIRA, E. S. *Bem comum, razoabilidade prática e direito: A fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis*. 2002. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002

PINHEIRO, V. S.; SOUZA, E. B. A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, RS, ano 4, n. 7, p. 65-83, jan./jun. 2016a

_____; _____. O paradoxo de Bobbio: Pode um positivista defender direitos humanos? *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, RS, ano 4, n. 8, p. 59-84, jul./dez. 2016b

ROSA, Eliana de. Introducción a la teoría jurídica de John Finnis. *Revista RyD República y Derecho*, Mendoza, Argentina, v. 1, p. 1-22, 2016

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: O Positivismo Conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Departamento de Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SGARBI, Adrian. O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 661-689, jan./dez. 2007

SOUZA, E. B.; PINHEIRO, V. S. Tomás de Aquino e a razão natural dos direitos humanos: pessoa e bem comum. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, RS, n. 48, p. 70-91, jan./abr. 2016